

# La Corte di Giustizia sulla legittimità della soglia di sbarramento per le offerte tecniche: il punto di intersezione tra favor participationis e perseguimento del fine pubblicistico

di Gabriella Longo

Data di pubblicazione: 18-10-2018

*La direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE, deve essere interpretata nel senso che non osta ad una normativa nazionale, come quella di cui trattasi nel procedimento principale, che autorizza le amministrazioni aggiudicatrici ad imporre, nel capitolato d'onori di una gara d'appalto con procedura aperta, requisiti minimi per la valutazione tecnica, cosicché le offerte presentate che, al termine di tale valutazione, non raggiungono una soglia di punteggio minima prestabilita sono escluse dalla successiva valutazione fondata sia su criteri tecnici sia sul prezzo.*

*L'articolo 66 della direttiva 2014/24 deve essere interpretato nel senso che non osta ad una normativa nazionale, come quella di cui trattasi nel procedimento principale, che autorizza le amministrazioni aggiudicatrici ad imporre, nel capitolato d'onori di una gara d'appalto con procedura aperta, requisiti minimi per la valutazione tecnica, cosicché le offerte presentate che, al termine di tale valutazione, non raggiungono una soglia di punteggio minima prestabilita sono escluse dalle fasi successive dell'aggiudicazione dell'appalto, e ciò a prescindere dal numero di offerenti restanti.*

## Guida alla lettura

Con la presente pronuncia la Corte di Giustizia afferma la conformità alla direttiva europea n. 2014/24/UE della normativa nazionale che consente alle amministrazioni aggiudicatrici di prevedere, nel capitolato d'onori di una gara di appalto con procedura aperta, requisiti minimi per la valutazione tecnica delle offerte tali da escludere dalla successiva fase di gara quegli operatori economici che non abbiano superato la soglia di punteggio minimo prestabilita, a prescindere dal numero di offerte restanti.

**In particolare, nel rispetto dei principi di trasparenza e non discriminazione, le amministrazioni aggiudicatrici possono determinare, conformemente alle effettive necessità, il livello di qualità tecnica che deve essere garantito dalle offerte in considerazione delle caratteristiche e dell'oggetto dell'appalto, potendo a tal fine stabilire per le offerte medesime una soglia minima di sbarramento (c.d. forcilla).**

Nonostante l'art. 27, paragrafo 1, comma 1°, della direttiva 2014/24, disponga che " Nelle procedure aperte, qualsiasi operatore economico interessato può presentare un'offerta in

risposta a un avviso di indizione di gara[...]”, va rilevato che la direttiva in esame muove nel senso dell'ammissibilità di un'imposizione, da parte delle amministrazioni aggiudicatrici, di requisiti minimi per la valutazione tecnica.

***"Inoltre, il considerando 90 della suddetta direttiva rammenta che le amministrazioni aggiudicatrici sono libere di fissare norme di qualità adeguate utilizzando le specifiche tecniche o le condizioni di esecuzione di un appalto, mentre il considerando 92 della medesima direttiva precisa che quest'ultima è volta a incoraggiare le amministrazioni aggiudicatrici a scegliere criteri di aggiudicazione che consentano loro di ottenere lavori, forniture e servizi di alta qualità che rispondano al meglio alle loro necessità."***

Un siffatto approccio non limita il numero di offerte sottoposte alla valutazione basata sul prezzo, posto che le offerte presentate possono, in linea di principio, soddisfare i requisiti minimi richiesti.

La circostanza che la direttiva 2014/24 riservi a determinate procedure, come ad esempio quelle di cui all'articolo 29, paragrafo 6, articolo 30 paragrafo 4, e all'articolo 31, paragrafo 5, la possibilità che si svolgano per fasi successive, non consente di concludere che una valutazione delle offerte in due tempi, nella sola fase dell'aggiudicazione dell'appalto, sia inammissibile nell'ambito di una procedura aperta.

Nel caso concreto una stazione appaltante aveva predisposto la documentazione di gara con la distinzione di due specifiche fasi, tecnica ed economica, stabilendo il passaggio dall'una all'altra fase soltanto per gli offerenti che avessero raggiunto un determinato punteggio minimo nella presentazione e descrizione del progetto tecnico.

Il giudice del rinvio spagnolo ha sollevato dubbi di compatibilità con la direttiva europea n. 2014/24, che, all'art. 66 pare ammettere la possibilità di ridurre il numero di offerte, per le gare articolate in più fasi, solo nella procedura competitiva con negoziazione, nel dialogo competitivo e non nella procedura aperta, ritenendo inoltre che l'applicazione dello sbarramento osta ad una concorrenza effettiva in quanto riduce il numero dei partecipanti alla fase finale e non permette la valutazione di offerte più competitive.

***In particolare con la sua prima questione, il giudice del rinvio chiede "se la direttiva 2014/24 debba essere interpretata nel senso che osta ad una normativa nazionale, come quella di cui trattasi nel procedimento principale, che autorizza le amministrazioni aggiudicatrici ad imporre, nel capitolato d'oneri di una gara di appalto con procedura aperta, requisiti minimi per la valutazione tecnica, cosicché le offerte presentate che, al termine di tale valutazione, non raggiungono una soglia di punteggio minima prestabilita sono escluse dalla successiva valutazione fondata sia su criteri tecnici sia sul prezzo".***

***Successivamente con la seconda questione il giudice del rinvio chiede, in sostanza, "se, in caso di risposta negativa alla prima questione, l'articolo 66 della direttiva 2014/24 debba essere interpretato nel senso che osta ad una normativa nazionale, come quella di cui trattasi nel procedimento principale, che autorizza le amministrazioni***

***aggiudicatrici ad imporre, nel capitolato d'oneri di una gara d'appalto con procedura aperta, requisiti minimi per la valutazione tecnica, cosicché le offerte presentate che, al termine di tale valutazione, non raggiungono una soglia di punteggio minima prestabilita sono escluse dalle successive fasi di aggiudicazione dell'appalto, e ciò a prescindere dal numero di offerenti rimasti."***

**La Corte di Giustizia chiarisce che, alla stregua dei principi comunitari, l'amministrazione aggiudicatrice è titolare di una facoltà discrezionale in ordine ai fattori di incidenza relativi alla scelta dell'offerta economicamente più vantaggiosa: la fissazione di una soglia minima di punteggio per l'offerta tecnica non costituisce requisito di ammissione ma un valore al di sotto del quale l'offerta non soddisfa le esigenze dell'ente.**

In considerazione di ciò la stazione appaltante non è tenuta a valutare quell'offerta qualitativamente non apprezzabile anche se conveniente sul piano economico: la predeterminazione di una soglia di sbarramento qualitativa consente di selezionare, tra le offerte economicamente vantaggiose, le sole che rispondano alle necessità dell'amministrazione.

Qualora, a seguito della valutazione tecnica dovesse rimanere un'unica offerta suscettibile di considerazione dall'amministrazione aggiudicatrice, quest'ultima non è tenuta ad accettarla, potendo, comunque, porre fine a tale procedura e indirne una nuova con diversi criteri di aggiudicazione.

#### SENTENZA DELLA CORTE (Quarta Sezione)

20 settembre 2018

«Rinvio pregiudiziale – Articolo 267 TFUE – Competenza della Corte – Qualità di giurisdizione dell'organo del rinvio – Direttiva 2014/24/UE – Procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici – Procedura aperta – Criteri di aggiudicazione — Valutazione tecnica – Soglia di punteggio minima – Valutazione basata sul prezzo»

in causa C?546/16

avente ad oggetto la domanda di pronuncia pregiudiziale proposta alla Corte, ai sensi

dell'articolo 267 TFUE, dall'Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi (Organo amministrativo competente in ambito di ricorsi relativi ad appalti pubblici della Comunità autonoma dei Paesi Baschi, Spagna)], con decisione del 21 ottobre 2016, pervenuta in cancelleria il 28 ottobre 2016, nel procedimento

Montte SL

contro

Musikene,

LA CORTE (Quarta Sezione),

composta da T. von Danwitz, presidente di sezione, C. Vajda (relatore), E. Juhász, K. Jürimäe e C. Lycourgos, giudici,

avvocato generale: M. Szpunar

cancelliere: L. Carrasco Marco, amministratore

vista la fase scritta del procedimento,

vista l'ordinanza di apertura della fase orale del procedimento del 6 marzo 2018 e in seguito all'udienza del 16 aprile 2018,

considerate le osservazioni presentate:

- per il governo spagnolo, da A. Gavela Llopis, in qualità di agente;
- per il governo ellenico, da A. Dimitrakopoulou e K. Georgiadis, in qualità di agenti;
- per la Commissione europea, da E. Sanfrutos Cano e A. Tokár, in qualità di agenti,

sentite le conclusioni dell'avvocato generale, presentate all'udienza del 26 giugno 2018,

ha pronunciato la seguente

## Sentenza

1 La domanda di pronuncia pregiudiziale verte sull'interpretazione della direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE (GU 2014, L 94, pag. 65).

2 Tale domanda è stata presentata nell'ambito di una controversia tra la Montte SL e la Musikene, in merito a una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico.

Contesto normativo

*Diritto dell'Unione*

3 Il considerando 90 della direttiva 2014/24 così recita:

«L'aggiudicazione dell'appalto dovrebbe essere effettuata applicando criteri obiettivi che garantiscano il rispetto dei principi di trasparenza, di non discriminazione e di parità di trattamento per garantire un raffronto oggettivo del valore relativo delle offerte al fine di determinare, in condizioni di effettiva concorrenza, quale sia l'offerta economicamente più vantaggiosa. Occorre stabilire esplicitamente che l'offerta economicamente più vantaggiosa[a] dovrebbe essere valutata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo, che dovrebbe sempre includere un elemento relativo al prezzo o al costo. Analogamente occorre precisare che tale valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa potrebbe essere effettuata anche soltanto sulla base del prezzo o di un approccio costo/efficacia. È inoltre opportuno ricordare che le amministrazioni aggiudicatrici sono libere di fissare norme di qualità adeguate utilizzando le specifiche tecniche o le condizioni di esecuzione di un appalto.

(...)».

4 Ai sensi del considerando 92 della suddetta direttiva:

«Nel valutare il miglior rapporto qualità/prezzo, le amministrazioni aggiudicatrici dovrebbero determinare i criteri economici e qualitativi connessi all'oggetto dell'appalto che applicheranno a tal fine. Tali criteri dovrebbero pertanto permettere una valutazione comparativa del livello di prestazione che ciascuna offerta presenta rispetto all'oggetto dell'appalto quale definito nelle specifiche tecniche. Nel contesto del miglior rapporto qualità/prezzo, è riportato nella presente direttiva un elenco non esaustivo di possibili criteri di aggiudicazione comprendenti aspetti ambientali e sociali. Le amministrazioni aggiudicatrici dovrebbero essere incoraggiate a scegliere criteri di aggiudicazione che consentano loro di ottenere lavori, forniture e servizi di alta qualità che rispondano al meglio alle loro necessità.

I criteri di aggiudicazione prescelti non dovrebbero conferire alle amministrazioni aggiudicatrici una libertà incondizionata di scelta e dovrebbero garantire la possibilità di una concorrenza effettiva e leale ed essere accompagnati da disposizioni che consentano l'efficace verifica delle informazioni fornite dagli offerenti.

Al fine di determinare l'offerta economicamente più vantaggiosa, la decisione di aggiudicazione dell'appalto non dovrebbe basarsi solo su criteri che prescindono dai costi. I criteri qualitativi dovrebbero pertanto essere accompagnati da un criterio basato sui costi che potrebbe, a scelta dell'amministrazione aggiudicatrice, basarsi sul prezzo o su un approccio costo/efficacia, come ad esempio la determinazione dei costi del ciclo di vita. Tuttavia, i criteri di aggiudicazione non dovrebbero influire sull'applicazione delle disposizioni nazionali che determinano la remunerazione di taluni servizi o che impongono un prezzo fisso per determinate forniture».

5 L'articolo 18 della suddetta direttiva, intitolato «Principi per l'aggiudicazione degli appalti», al paragrafo 1 prevede quanto segue:

«Le amministrazioni aggiudicatrici trattano gli operatori economici su un piano di parità e in modo non discriminatorio e agiscono in maniera trasparente e proporzionata.

La concezione della procedura di appalto non ha l'intento di escludere quest'ultimo dall'ambito di applicazione della presente direttiva né di limitare artificialmente la concorrenza. Si ritiene che la concorrenza sia limitata artificialmente laddove la concezione della procedura d'appalto sia effettuata con l'intento di favorire o svantaggiare indebitamente taluni operatori economici».

6 Ai sensi dell'articolo 27 della medesima direttiva, intitolato «Procedura aperta»:

«1. Nelle procedure aperte, qualsiasi operatore economico interessato può presentare un'offerta in risposta a un avviso di indizione di gara.

Il termine minimo per la ricezione delle offerte è di trentacinque giorni dalla data di trasmissione del bando di gara.

Le offerte sono accompagnate dalle informazioni richieste dall'amministrazione aggiudicatrice per la selezione qualitativa.

2. Nel caso in cui le amministrazioni aggiudicatrici abbiano pubblicato un avviso di preinformazione che non è stato esso stesso usato come mezzo di indizione di una gara, il termine minimo per la ricezione delle offerte come stabilito al presente articolo, paragrafo 1, secondo comma, può essere ridotto a quindici giorni purché siano rispettate tutte le seguenti condizioni:

a) l'avviso di preinformazione contiene tutte le informazioni richieste per il bando di gara di cui all'allegato V, parte B, sezione I, sempreché queste siano disponibili al momento della pubblicazione dell'avviso di preinformazione;

b) l'avviso di preinformazione è stato inviato alla pubblicazione non meno di trentacinque giorni e non oltre dodici mesi prima della data di trasmissione del bando di gara.

3. Se, per motivi di urgenza debitamente dimostrati dall'amministrazione aggiudicatrice, i termini minimi stabiliti al secondo comma del paragrafo 1 non possono essere rispettati, le amministrazioni aggiudicatrici possono fissare un termine non inferiore a quindici giorni a decorrere dalla data di invio del bando di gara.

4. L'amministrazione aggiudicatrice può ridurre di cinque giorni il termine per la ricezione delle offerte di cui al presente articolo, paragrafo 1, secondo comma, se accetta che le offerte possano essere presentate per via elettronica conformemente all'articolo 22, paragrafo 1, primo comma, e all'articolo 22, paragrafi 5 e 6».

7 L'articolo 29 della direttiva 2014/24, intitolato «Procedura competitiva con negoziazione», al paragrafo 6, dispone quanto segue:

«Le procedure competitive con negoziazione possono svolgersi in fasi successive per ridurre il numero di offerte da negoziare applicando i criteri di aggiudicazione specificati nel bando di gara, nell'invito a confermare interesse o in altro documento di gara. Nel bando di gara, nell'invito a confermare interesse o in altro documento di gara, l'amministrazione aggiudicatrice indica se si avvale di tale facoltà».

8 L'articolo 30 della medesima direttiva, intitolato «Dialogo competitivo», al paragrafo 4, enuncia quanto segue:

«I dialoghi competitivi possono svolgersi in fasi successive in modo da ridurre il numero di soluzioni da discutere durante la fase del dialogo applicando i criteri di aggiudicazione stabiliti nel bando di gara o nel documento descrittivo. Nel bando di gara o nel documento descrittivo le amministrazioni aggiudicatrici indicano se sceglieranno tale opzione».

9 L'articolo 31 della direttiva in parola, intitolato «Partenariati per l'innovazione», al paragrafo 5, così prevede:

«Le negoziazioni nel corso delle procedure di partenariato per l'innovazione possono svolgersi in fasi successive per ridurre il numero di offerte da negoziare applicando i criteri di aggiudicazione specificati nel bando di gara, nell'invito a confermare interesse o nei documenti di gara. Nel bando di gara, nell'invito a confermare interesse o nei documenti di gara, l'amministrazione aggiudicatrice indica se si avvarrà di tale opzione».

10 Ai sensi dell'articolo 66 della medesima direttiva, intitolato «Riduzione del numero di offerte e soluzioni»:

«Le amministrazioni aggiudicatrici, quando ricorrono alla facoltà di ridurre il numero di offerte da negoziare, di cui all'articolo 29, paragrafo 6, o di soluzioni da discutere di cui all'articolo 30, paragrafo 4, effettuano tale riduzione applicando i criteri di aggiudicazione indicati nei documenti di gara. Nella fase finale tale numero deve consentire di garantire una concorrenza effettiva, purché vi sia un numero sufficiente di offerte, soluzioni o candidati qualificati».

11 L'articolo 67, paragrafi 1, 2 e 4, della direttiva 2014/24, intitolato «Criteri di aggiudicazione dell'appalto», dispone quanto segue:

«1. Fatte salve le disposizioni legislative, regolamentari o amministrative nazionali relative al prezzo di determinate forniture o alla remunerazione di taluni servizi, le amministrazioni aggiudicatrici procedono all'aggiudicazione degli appalti sulla base dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

2. L'offerta economicamente più vantaggiosa dal punto di vista dell'amministrazione aggiudicatrice è individuata sulla base del prezzo o del costo, seguendo un approccio costo/efficacia, quale il costo del ciclo di vita conformemente all'articolo 68, e può includere il

miglior rapporto qualità/prezzo, valutato sulla base di criteri, quali gli aspetti qualitativi, ambientali e/o sociali, connessi all'oggetto dell'appalto pubblico in questione. Tra tali criteri possono rientrare ad esempio:

- a) la qualità, che comprende pregio tecnico, caratteristiche estetiche e funzionali, accessibilità, progettazione adeguata per tutti gli utenti, caratteristiche sociali, ambientali e innovative, e la commercializzazione e relative condizioni;
- b) organizzazione, qualifiche ed esperienza del personale incaricato di eseguire l'appalto, qualora la qualità del personale incaricato possa avere un'influenza significativa sul livello dell'esecuzione dell'appalto; o
- c) servizi post-vendita e assistenza tecnica, condizioni di consegna quali data di consegna, processo di consegna e termine di consegna o di esecuzione.

L'elemento relativo al costo può inoltre assumere la forma di un prezzo o costo fisso sulla base del quale gli operatori economici competeranno solo in base a criteri qualitativi.

Gli Stati membri possono prevedere che le amministrazioni aggiudicatrici non possano usare solo il prezzo o il costo come unico criterio di aggiudicazione o limitarne l'uso a determinate categorie di amministrazioni aggiudicatrici o a determinati tipi di appalto.

(...)

4. I criteri di aggiudicazione non hanno l'effetto di conferire all'amministrazione aggiudicatrice una libertà di scelta illimitata. Essi garantiscono la possibilità di una concorrenza effettiva e sono accompagnati da specifiche che consentono l'efficace verifica delle informazioni fornite dagli offerenti al fine di valutare il grado di soddisfacimento dei criteri di aggiudicazione delle offerte. In caso di dubbio le amministrazioni aggiudicatrici verificano efficacemente l'accuratezza delle informazioni e delle prove fornite dagli offerenti».

#### *Diritto spagnolo*

12 Ai sensi dell'articolo 40, paragrafo 6, del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (testo rifuso della legge relativa agli appalti pubblici), contenuto nel Real Decreto Legislativo 3/2011, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (regio decreto legislativo 3/2011, recante approvazione del testo rifuso della legge sugli appalti pubblici), del 14 novembre 2011 (BOE n. 276, del 16 novembre 2011, pag. 117729), il ricorso speciale in materia di appalti pubblici, prima della proposizione di un ricorso amministrativo ordinario, ha carattere facoltativo.

13 L'articolo 150, paragrafo 4, primo comma, del testo rifuso della legge relativa agli appalti pubblici dispone quanto segue:

«Qualora si considerino più criteri, occorre precisare il valore relativo attribuito a ciascuno di essi, che può essere espresso prevedendo una forcella di valori di ampiezza adeguata.



Nell'ipotesi in cui la procedura di aggiudicazione si articola in più fasi, occorre parimenti indicare in quale di esse si applicano i diversi criteri, nonché la soglia di punteggio minima richiesta all'offerente per poter proseguire nel processo selettivo».

#### Procedimento principale e questioni pregiudiziali

14 La Musikene è una fondazione del settore pubblico della Comunidad Autónoma de Euskadi (Comunità autonoma dei Paesi Baschi, Spagna). Nel luglio 2016 essa ha indetto una gara di appalto con procedura aperta per l'aggiudicazione di un appalto pubblico avente ad oggetto la «[f]ornitura di arredi e segnali grafici, attrezzature musicali specifiche, strumenti musicali, apparecchiature elettroacustiche, di registrazione e audiovisive, attrezzature informatiche e di riproduzione», il cui valore stimato ammontava a EUR 1 157 430,59. Il capitolato d'oneri della gara d'appalto è stato approvato dalla direzione della Musikene il 14 luglio 2016 e il bando di gara è stato pubblicato nella *Gazzetta ufficiale dell'Unione europea* (2016/S 142-257363) il 26 luglio 2016.

15 I criteri di aggiudicazione dell'appalto enunciati all'allegato VII – A del capitolato d'oneri della gara d'appalto sono i seguenti:

«a) la “presentazione e la descrizione del progetto”, con una ponderazione di 50 punti su 100, articolata in sottocriteri o criteri secondari distinti per ciascuno dei cinque lotti in cui è suddiviso l'appalto oggetto del contratto. In aggiunta, per tutti i lotti, si stabilisce quanto segue:

“Soglia di punteggio minima richiesta per poter proseguire nel processo selettivo: gli offerenti che non raggiungono 35 punti per l'offerta tecnica non saranno ammessi alla fase economica”;

b) per tutti i lotti, la riduzione del prezzo di gara offerta, con una ponderazione di 50 punti su 100, secondo il seguente schema:

“La valutazione [del prezzo] potrà ricevere un massimo di 50 punti. L'offerta avente un importo pari a quello della gara riceverà 0 punti.

A ogni riduzione dell'1% sul prezzo di gara saranno attribuiti 5 punti, cosicché:

a una riduzione dell'1% rispetto al prezzo di gara corrisponderanno 5 punti;

a una riduzione del 5% rispetto al prezzo di gara corrisponderanno 25 punti

a una riduzione del 10% rispetto al prezzo di gara corrisponderanno 50 punti”».

16 L'11 agosto 2016, l'Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi (Organo amministrativo competente in ambito di ricorsi relativi ad appalti pubblici della Comunità autonoma dei Paesi Baschi, Spagna) è stato investito di un ricorso speciale proposto dalla Montte avverso il suddetto capitolato d'oneri. La Montte sostiene che la condizione secondo cui sia necessaria una soglia di punteggio minima

all'esito della fase tecnica per continuare a partecipare alla procedura di selezione deve essere annullata in quanto limita l'accesso degli offerenti alla fase economica della procedura di aggiudicazione dell'appalto e, in sostanza, priva di ogni contenuto la portata della ponderazione congiunta dei criteri tecnici ed economici prevista dal capitolato d'oneri. La Montte sostiene che, a differenza del criterio del prezzo, che si applica automaticamente mediante una formula, i criteri tecnici, che sono oggetto di una valutazione qualitativa meno oggettiva, sono, sostanzialmente, oggetto di una ponderazione del 100% del totale dei punti. Pertanto, secondo la Montte, applicando tali criteri, gli offerenti non possono essere valutati anche in funzione del prezzo della loro offerta e la Musikene non può quindi sapere qual è l'offerta più vantaggiosa dopo aver ponderato tutti i criteri.

17 La Musikene ritiene, dal canto suo, che la suddetta condizione sia giustificata. Essa sostiene che, giacché l'appalto pubblico in questione nel procedimento principale riguarda l'installazione di attrezzature destinate a far parte di un edificio, è giustificato che venga richiesto agli offerenti di presentare offerte che soddisfino determinate condizioni minime, connesse al rispetto dei termini e alla qualità tecnica delle prestazioni.

18 Il giudice del rinvio ritiene che il regolamento e la prassi nazionale di cui trattasi nel procedimento principale potrebbero essere contrari alla direttiva 2014/24. A tal riguardo, esso rileva, anzitutto, che tale direttiva sembra consentire la determinazione di criteri di aggiudicazione dell'appalto che si applicano nelle fasi eliminatorie successive esclusivamente nelle procedure per le quali tale possibilità è espressamente prevista – e non nelle procedure aperte e ristrette – disciplinate da norme che definiscono il loro svolgimento in modo specifico. Esso ritiene, inoltre, che il sistema di criteri di aggiudicazione dell'appalto operante nelle tappe eliminatorie successive nelle procedure aperte possa, in violazione dell'articolo 66 della direttiva 2014/24, ostacolare la concorrenza effettiva qualora l'applicazione delle soglie riduca notevolmente il numero degli offerenti nella fase finale. Infine, esso ritiene che la soglia eliminatoria in questione nel procedimento principale, che richiede un minimo di 35 punti su 50 in sede di valutazione tecnica, possa impedire che vengano analizzate e valutate le offerte più competitive in riferimento al prezzo.

19 In tale contesto, l'Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi (Organo amministrativo competente in ambito di ricorsi relativi ad appalti pubblici della Comunità autonoma dei Paesi Baschi) ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali:

«1) Se la direttiva 2014/24 osti a una normativa nazionale, come l'articolo 150, paragrafo 4, del [testo rifiuto della legge relativa agli appalti pubblici], o a una prassi interpretativa e applicativa di tale normativa, che autorizza le amministrazioni aggiudicatrici a stabilire nei documenti di gara di una gara d'appalto con procedura aperta criteri di aggiudicazione operanti in fasi eliminatorie successive per le offerte che non superano una soglia di punteggio minima prestabilita.

2) In caso di risposta negativa alla prima questione, se la suddetta direttiva 2014/24 osti a una normativa nazionale o a una prassi interpretativa e applicativa di tale normativa che, nell'ambito della procedura aperta, utilizzano il citato sistema di criteri di aggiudicazione

operanti in fasi eliminatorie successive cosicché, nella fase finale, non restano offerte sufficienti tali da garantire una concorrenza effettiva.

3) In caso di risposta affermativa alla seconda questione, se la suddetta direttiva 2014/24, giacché non risulta garantita una concorrenza effettiva o non debitamente considerato il mandato di aggiudicare l'appalto all'offerta con il miglior rapporto qualità/prezzo, osti a una clausola come quella controversa, in cui il fattore prezzo viene valutato solamente per le offerte che hanno raggiunto 35 punti su 50 nei criteri tecnici».

Sulla ricevibilità della domanda di pronuncia pregiudiziale

20 Occorre, in via preliminare, esaminare se l'Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi (Organo amministrativo competente in ambito di ricorsi relativi ad appalti pubblici della Comunità autonoma dei Paesi Baschi) soddisfi i criteri per essere considerato una giurisdizione nazionale ai sensi dell'articolo 267 TFUE.

21 Al riguardo occorre ricordare che, secondo una costante giurisprudenza, al fine di valutare la qualità di «giurisdizione» dell'organo del rinvio, questione unicamente di diritto dell'Unione, la Corte tiene conto di un insieme di elementi, quali il fondamento legale dell'organo, il suo carattere permanente, l'obbligatorietà della sua giurisdizione, la natura contraddittoria del procedimento, il fatto che l'organo applichi norme giuridiche e che sia indipendente (sentenza del 24 maggio 2016, MT Højgaard e Züblin, C?396/14, EU:C:2016:347, punto 23 nonché giurisprudenza ivi citata).

22 Nel caso di specie, da un lato, dalla decisione di rinvio risulta che l'organo del rinvio è un organo permanente e indipendente, che si fonda su una disposizione legislativa e che adotta le sue decisioni secondo criteri esclusivamente giuridici, al termine di una procedura in contraddittorio. Per quanto riguarda, in particolare, l'indipendenza del suddetto organo, la decisione in parola precisa che, in quanto non assoggettato a vincoli gerarchici o ad indirizzi esterni, esso esercita le sue funzioni in modo oggettivo, imparziale e indipendente.

23 Dall'altro lato, quanto all'obbligatorietà della giurisdizione dell'organo del rinvio, ai sensi della giurisprudenza della Corte relativa all'articolo 267 TFUE, è pacifico che la competenza di tale organo, in forza dell'articolo 40, paragrafo 6, del testo rifuso della legge relativa agli appalti pubblici, ha soltanto carattere facoltativo. Pertanto, una persona che intenda contestare la regolarità di una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico può scegliere tra il ricorso speciale dinanzi all'organo del rinvio e il ricorso amministrativo ordinario.

24 Dalla decisione di rinvio risulta nondimeno che le decisioni dell'organo del rinvio, la cui competenza non dipende dall'accordo delle parti, sono vincolanti per queste ultime. In tali circostanze, detto organo soddisfa anche il criterio dell'obbligatorietà della sua giurisdizione (v., in tal senso, sentenza del 6 ottobre 2015, Consorci Sanitari del Maresme, C?203/14, EU:C:2015:664, punti da 23 a 25).

25 Ne consegue che l'Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad

Autónoma de Euskadi (Organo amministrativo competente in ambito di ricorsi relativi ad appalti pubblici della Comunità autonoma dei Paesi Baschi) soddisfa i criteri per poter essere considerato una giurisdizione nazionale ai sensi dell'articolo 267 del TFUE e che le questioni sollevate dalla Corte sono ricevibili.

## *Sulle questioni pregiudiziali*

### *Sulla prima questione*

26 Con la sua prima questione, il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se la direttiva 2014/24 debba essere interpretata nel senso che osta ad una normativa nazionale, come quella di cui trattasi nel procedimento principale, che autorizza le amministrazioni aggiudicatrici ad imporre, nel capitolato d'oneri di una gara di appalto con procedura aperta, requisiti minimi per la valutazione tecnica, cosicché le offerte presentate che, al termine di tale valutazione, non raggiungono una soglia di punteggio minima prestabilita sono escluse dalla successiva valutazione fondata sia su criteri tecnici sia sul prezzo.

27 Se è vero che l'articolo 27, paragrafo 1, primo comma, della direttiva 2014/24 dispone che qualsiasi operatore economico interessato può presentare, in una procedura aperta, un'offerta in risposta a un avviso di indizione di gara, la direttiva in parola autorizza tuttavia le amministrazioni aggiudicatrici a imporre, nell'ambito di tale procedura, requisiti minimi per la valutazione tecnica.

28 A tal proposito, come menzionato dall'avvocato generale al paragrafo 37 delle sue conclusioni, l'articolo 27 della direttiva 2014/24 non contiene alcuna norma relativa allo svolgimento della procedura di aggiudicazione, eccezion fatta per le norme riguardanti il termine minimo per la ricezione delle offerte dalla data di trasmissione del bando di gara.

29 Inoltre, il considerando 90 della suddetta direttiva rammenta che le amministrazioni aggiudicatrici sono libere di fissare norme di qualità adeguate utilizzando le specifiche tecniche o le condizioni di esecuzione di un appalto, mentre il considerando 92 della medesima direttiva precisa che quest'ultima è volta a incoraggiare le amministrazioni aggiudicatrici a scegliere criteri di aggiudicazione che consentano loro di ottenere lavori, forniture e servizi di alta qualità che rispondano al meglio alle loro necessità.

30 A sua volta, l'articolo 67, paragrafo 1, della direttiva 2014/24 enuncia che le amministrazioni aggiudicatrici procedono all'aggiudicazione degli appalti sulla base dell'offerta economicamente più vantaggiosa. L'articolo 67, paragrafo 2, di detta direttiva prevede che l'offerta economicamente più vantaggiosa dal punto di vista dell'amministrazione aggiudicatrice è individuata sulla base del prezzo o del costo e può includere il miglior rapporto qualità/prezzo, valutato sulla base di criteri quali gli aspetti qualitativi, come la qualità, che comprende il pregio tecnico.

31 Si deve aggiungere che, come emerge dal considerando 90 della suddetta direttiva e dal

suo l'articolo 67, paragrafo 4, tali criteri devono garantire il rispetto dei principi di trasparenza, di non discriminazione e di parità di trattamento, al fine di garantire un raffronto oggettivo del valore relativo delle offerte e quindi un'effettiva concorrenza. Ciò non si verificherebbe in caso di criteri che attribuiscono all'amministrazione aggiudicatrice un'incondizionata libertà di scelta [v., per analogia, per quanto riguarda la direttiva 2004/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi (GU 2004, L 134, p. 114), sentenza del 10 maggio 2012, Commissione/Paesi Bassi, C-368/10, EU:C:2012:284, punto 87].

32 Pertanto, le amministrazioni aggiudicatrici dispongono, nel rispetto delle condizioni di cui al punto precedente della presente sentenza, della libertà di determinare, conformemente alle loro necessità, in particolare, il livello di qualità tecnica che le offerte presentate devono garantire in funzione delle caratteristiche e dell'oggetto dell'appalto in questione, nonché della libertà di stabilire una soglia minima che tali offerte devono rispettare da un punto di vista tecnico. A tal fine, come sostenuto dalla Commissione nelle sue osservazioni scritte, l'articolo 67 della direttiva 2014/24 non osta alla possibilità, nella fase di aggiudicazione, di escludere inizialmente le offerte presentate che non raggiungono una soglia di punteggio minimo prestabilita nell'ambito della valutazione tecnica. Al riguardo emerge che un'offerta che non raggiunge una simile soglia non soddisfa, in via di principio, le esigenze dell'amministrazione aggiudicatrice e non deve essere presa in considerazione al momento della determinazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa. L'amministrazione aggiudicatrice non è quindi, in tal caso, tenuta a stabilire se il prezzo di una simile offerta sia inferiore ai prezzi delle offerte non eliminate che raggiungono detta soglia e che corrispondono quindi alle esigenze dell'amministrazione aggiudicatrice.

33 In tale contesto, occorre altresì precisare che, se un'aggiudicazione dell'appalto avviene a seguito della valutazione tecnica, l'amministrazione aggiudicatrice dovrà tenere necessariamente conto del prezzo delle offerte che raggiungono la soglia minima da un punto di vista tecnico.

34 La constatazione di cui al punto 32 della presente sentenza non è rimessa in discussione dalla circostanza, indicata dal giudice del rinvio, che la direttiva 2014/24 prevede espressamente la possibilità che talune procedure di aggiudicazione degli appalti diverse dalle procedure aperte si svolgano in fasi successive, come nel caso della procedura competitiva con negoziazione (articolo 29, paragrafo 6), della procedura di dialogo competitivo (articolo 30, paragrafo 4), o ancora della procedura di partenariato per l'innovazione (articolo 31, paragrafo 5).

35 Infatti, come ha sostanzialmente rilevato l'avvocato generale al paragrafo 48 delle sue conclusioni, la circostanza che la direttiva 2014/24 riservi a determinate procedure, come quelle di cui all'articolo 29, paragrafo 6, all'articolo 30, paragrafo 4, e all'articolo 31, paragrafo 5, di quest'ultima, la possibilità che esse si svolgano in fasi successive non consente di concludere che una valutazione delle offerte in due tempi, nella sola fase di aggiudicazione dell'appalto, non sia ammissibile nell'ambito di una procedura aperta, come quella di cui trattasi nel procedimento principale.

36 A tal proposito, occorre rilevare che, come sostenuto dalla Commissione nelle sue osservazioni scritte, la possibilità, offerta da tali disposizioni all'amministrazione aggiudicatrice, di escludere le offerte che, pur soddisfacendo i requisiti minimi, non si annoverano tra quelle migliori è giustificata dalla natura specifica delle procedure interessate, nell'ambito delle quali la negoziazione o il dialogo potrebbero risultare difficili da condurre ove venisse mantenuto, sino alla fase finale della procedura di aggiudicazione dell'appalto, un numero eccessivo di offerte o di soluzioni.

37 Tuttavia, il caso di specie riguarda una situazione diversa rispetto a quelle di cui alle disposizioni menzionate al punto 34 della presente sentenza. Dal capitolato d'oneri dell'appalto pubblico in questione nel procedimento principale non risulta, infatti, che l'amministrazione aggiudicatrice abbia la possibilità di escludere le offerte che soddisfano i criteri di aggiudicazione e di selezionare soltanto le offerte migliori. Al contrario, conformemente al capitolato d'oneri, le sole offerte che l'amministrazione aggiudicatrice è autorizzata a escludere dalla valutazione basata sul prezzo sono quelle che non soddisfano i requisiti minimi relativi alla valutazione tecnica e, quindi, le necessità dell'amministrazione aggiudicatrice. Orbene, un approccio del genere non è diretto a limitare il numero di offerte sottoposte alla valutazione basata sul prezzo, atteso che tutte le offerte presentate possono, in linea di principio, soddisfare i suddetti requisiti minimi.

38 In ogni caso, occorre ricordare che, durante tutta la procedura, le amministrazioni aggiudicatrici devono rispettare i principi di aggiudicazione degli appalti di cui all'articolo 18 della direttiva 2014/24, tra i quali figurano, in particolare, i principi di parità di trattamento, di trasparenza e di proporzionalità.

39 Alla luce di quanto precede, occorre rispondere alla prima questione dichiarando che la direttiva 2014/24 deve essere interpretata nel senso che non osta ad una normativa nazionale, come quella di cui trattasi nel procedimento principale, che autorizza le amministrazioni aggiudicatrici ad imporre, nel capitolato d'oneri di una gara d'appalto con procedura aperta, requisiti minimi per la valutazione tecnica, cosicché le offerte presentate che, al termine di tale valutazione, non raggiungono una soglia di punteggio minima prestabilita sono escluse dalla successiva valutazione fondata sia su criteri tecnici sia sul prezzo.

#### *Sulla seconda questione*

40 Con la seconda questione, il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se, in caso di risposta negativa alla prima questione, l'articolo 66 della direttiva 2014/24 debba essere interpretato nel senso che osta ad una normativa nazionale, come quella di cui trattasi nel procedimento principale, che autorizza le amministrazioni aggiudicatrici ad imporre, nel capitolato d'oneri di una gara d'appalto con procedura aperta, requisiti minimi per la valutazione tecnica, cosicché le offerte presentate che, al termine di tale valutazione, non raggiungono una soglia di punteggio minima prestabilita sono escluse dalle successive fasi di aggiudicazione dell'appalto, e ciò a prescindere dal numero di offerenti rimasti.

41 Al riguardo, purché nella fattispecie siano state correttamente applicate le condizioni poste dalla direttiva 2014/24, in particolare dagli articoli 18 e 67, si deve riconoscere che

l'amministrazione aggiudicatrice ha garantito una concorrenza effettiva. Inoltre, occorre in limine precisare che se anche dovesse rimanere, a seguito della valutazione tecnica, una sola offerta che possa essere presa in considerazione da parte dell'amministrazione aggiudicatrice, quest'ultima non sarebbe affatto tenuta ad accettarla (v., per analogia, sentenza del 16 settembre 1999, *Fracasso e Leitschutz*, C-27/98, EU:C:1999:420, punti da 32 a 34). Ciò posto, qualora l'amministrazione aggiudicatrice ritenga che la procedura di aggiudicazione dell'appalto sia caratterizzata, tenuto conto delle peculiarità e dell'oggetto dell'appalto interessato, da un'assenza di concorrenza effettiva, essa può porre fine a tale procedura e, se necessario, indire una nuova procedura con diversi criteri di aggiudicazione.

42 È vero che, ai sensi dell'articolo 66 della direttiva 2014/24, le amministrazioni aggiudicatrici, quando ricorrono alla facoltà di ridurre il numero di offerte da negoziare, prevista all'articolo 29, paragrafo 6, di tale direttiva, o alla facoltà di ridurre il numero di soluzioni da discutere, prevista all'articolo 30, paragrafo 4, della medesima direttiva, devono effettuare tale riduzione applicando i criteri di aggiudicazione indicati nei documenti di gara, di modo che il numero di offerte prese in considerazione nella fase finale permetta di garantire una concorrenza effettiva, purché vi sia un numero sufficiente di offerte che soddisfano i requisiti richiesti.

43 Tuttavia, per le ragioni esposte al punto 37 della presente sentenza, il caso in esame concerne una situazione diversa da quelle di cui all'articolo 29, paragrafo 6, e all'articolo 30, paragrafo 4, della direttiva 2014/24, cosicché essa non rientra nell'ambito di applicazione dell'articolo 66 di quest'ultima. Pertanto, la necessità di garantire una concorrenza effettiva sino alla fase finale della procedura, prevista da tale ultimo articolo, non concerne le procedure aperte come quella in questione nel procedimento principale.

44 Alla luce di quanto precede, occorre rispondere alla seconda questione dichiarando che l'articolo 66 della direttiva 2014/24 deve essere interpretato nel senso che non osta ad una normativa nazionale, come quella di cui trattasi nel procedimento principale, che autorizza le amministrazioni aggiudicatrici ad imporre, nel capitolato d'oneri di una gara d'appalto con procedura aperta, requisiti minimi per la valutazione tecnica, cosicché le offerte presentate che, al termine di tale valutazione, non raggiungono una soglia di punteggio minima prestabilita sono escluse dalle fasi successive dell'aggiudicazione dell'appalto, e ciò a prescindere dal numero di offerenti restanti.

#### *Sulla terza questione*

45 Poiché la terza questione è stata sollevata soltanto nell'ipotesi di risposta affermativa da parte della Corte alla seconda questione, non occorre rispondere a tale questione.

#### *Sulle spese*

46 Nei confronti delle parti nel procedimento principale la presente causa costituisce un incidente sollevato dinanzi al giudice nazionale, cui spetta quindi statuire sulle spese. Le spese sostenute da altri soggetti per presentare osservazioni alla Corte non possono dar luogo a rifusione.

Per questi motivi, la Corte (Quarta Sezione) dichiara:

1) La direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE, deve essere interpretata nel senso che non osta ad una normativa nazionale, come quella di cui trattasi nel procedimento principale, che autorizza le amministrazioni aggiudicatrici ad imporre, nel capitolato d'oneri di una gara d'appalto con procedura aperta, requisiti minimi per la valutazione tecnica, cosicché le offerte presentate che, al termine di tale valutazione, non raggiungono una soglia di punteggio minima prestabilita sono escluse dalla successiva valutazione fondata sia su criteri tecnici sia sul prezzo.

2) L'articolo 66 della direttiva 2014/24 deve essere interpretato nel senso che non osta ad una normativa nazionale, come quella di cui trattasi nel procedimento principale, che autorizza le amministrazioni aggiudicatrici ad imporre, nel capitolato d'oneri di una gara d'appalto con procedura aperta, requisiti minimi per la valutazione tecnica, cosicché le offerte presentate che, al termine di tale valutazione, non raggiungono una soglia di punteggio minima prestabilita sono escluse dalle fasi successive dell'aggiudicazione dell'appalto, e ciò a prescindere dal numero di offerenti restanti.